

Revisão crítica da responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

| Artigo publicado em 25.10.2004 |

Sumário

Introdução

1. Evolução Histórica

1.1 Direito Comparado

1.2 Direito Brasileiro

2. Pressupostos

2.1 Pressupostos da responsabilidade civil no sistema tradicional

2.2. Pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado

3. Exclusão da Responsabilidade

3.1 Culpa da Vítima

3.2 Fato Exclusivo de Terceiro

3.3 Força Maior e o Caso Fortuito

3.4 Concausas

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

Introdução

A responsabilidade extracontratual do Estado é a atribuição feita às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos da obrigação de indenizar os danos causados a terceiros por atos omissivos ou comissivos de seus agentes.

Essa é a definição que se extrai do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que é o principal fundamento da responsabilidade extracontratual da administração pública no direito brasileiro. Com base nessa cláusula geral de responsabilidade objetiva, amoldam-se as principais modalidades de fatos imputados ao Estado causadores de danos a terceiros, como a agressão de um soldado PM a um particular, ou um acidente de trânsito envolvendo um carro de bombeiro, ou os prejuízos causados por enchentes, ou os derivados de erro judiciário, ou, até mesmo, os decorrentes de omissão legislativa.

A responsabilidade extracontratual do Estado continua em permanente processo de evolução e discussão tanto no direito comparado como no direito brasileiro. O objeto do presente trabalho é o exame do tratamento dispensado à responsabilidade

extracontratual do Estado no direito brasileiro com ênfase nas principais controvérsias e divergências estabelecidas na doutrina e na jurisprudência.

A primeira parte será dedicada ao exame da evolução histórica da responsabilidade extracontratual do Estado no direito comparado e no direito brasileiro.

Na segunda parte, serão analisados os pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado. Na terceira parte, examinar-se-ão as principais causas de exclusão do nexo causal e, conseqüentemente, da responsabilidade extracontratual do Estado.

1) Evolução histórica

A evolução histórica da responsabilidade extracontratual do Estado será analisada, inicialmente, com base no direito comparado, enfatizando-se o tratamento que lhe foi conferido pelo direito francês, e, em segundo momento, o seu desenvolvimento no direito brasileiro.

1.1) Direito Comparado

O destaque, no direito comparado, é o direito francês, que ilustra bem a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado, acompanhando a sua rica história nos três últimos séculos.

Aguiar Dias anota que, no direito francês, a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado processou-se em três fases distintas, que guardavam correspondência com o "regime político dominante em cada uma": a) fase da irresponsabilidade; b) fase civilística; c) fase do direito público.(1)

1.1.1) Fase da irresponsabilidade do Estado

Predominava, no Estado absoluto, a teoria da irresponsabilidade estatal por danos causados aos particulares por seus agentes, sintetizado na fórmula: *le roi ne peut mal faire*. No direito inglês também não se reconhecia, até passado recente, a responsabilidade do Estado, alterando-se apenas a expressão: *the king can do no wrong*. (2)

No Estado absoluto, a soberania do rei, que incorporava o próprio Estado e o Direito, não poderia ser posta em dúvida, sendo inadmissível colocá-lo em posição de igualdade com os seus súditos. Aceitava-se apenas a responsabilidade pecuniária pessoal dos próprios agentes, ainda com a obtenção de autorização à demanda como processo governamental.(3)

As profundas modificações ideológicas, políticas e econômicas ensejadas pela Revolução Francesa determinaram uma gradual alteração no sistema de responsabilidade extracontratual do Estado, admitindo-se a sua responsabilização com fundamento no Direito Civil.

1.1.2) Fase civilística

O primeiro passo para o reconhecimento da responsabilidade extracontratual do Estado passou a ocorrer, a partir de meados do século XIX, com a adoção das teorias civilistas.

Analisa-se a responsabilidade extracontratual do Estado com base no Código Civil francês. Inicialmente, é feita uma distinção entre atos de império (posição de supremacia do Estado com todas as suas prerrogativas e seus privilégios) e atos de gestão (posição de igualdade com os particulares). O Estado respondia pelos atos de gestão nos moldes da responsabilidade civil pelo fato de outrem (empregado) desde que comprovada a culpa de seu agente (art. 1.382 e 1.384 do Code Civil).

Essa distinção foi sendo gradativamente abandonada pela falta de critério preciso para distinguir os atos de gestão dos atos de império.⁽⁴⁾ O importante passou a ser a exigência de uma conduta culposa do agente público, nos moldes do Código Civil, para a responsabilização do Estado.

1.1.3) Fase do Direito Público (Arrêt Blanco)

O segundo grande passo ocorre em 1873 com o famoso affaire Blanco, quando a responsabilidade extracontratual do Estado passa a ser analisada em conformidade princípios do direito público.⁽⁵⁾

O fato era singelo. Uma menina francesa chamada Agnes Blanco foi atropelada, na Cidade de Bordeaux, por um vagonete de uma empresa estatal de fumo (Companhia Nacional de Manufatura de Fumo), que transportava matéria-prima. O seu pai ajuizou uma ação de indenização contra a empresa, estabelecendo-se uma dúvida de competência entre a Corte de Cassação e o Conselho de Estado.

Em função disso, o processo foi remetido para o Tribunal de Conflitos. A decisão, com base no voto do comissário de governo Davi,⁽⁶⁾ não apenas fixou a competência do Conselho de Estado para o julgamento da demanda indenizatória, como também deixou claro que o caso deveria ser analisado com base nos princípios de direito público.⁽⁷⁾

Em função disso, o Arrêt Blanco constitui não apenas um marco na história da responsabilidade extracontratual do Estado, mas do

próprio Direito Administrativo, pois é a partir dele que se incrementa a sua autonomia perante o Direito Civil.(8)

A importância do caso Blanco, assim, foi a de estabelecer que a responsabilidade extracontratual do Estado deveria ser analisada com base nos princípios e normas de direito público, e não mais com fundamento no Código Civil.(9)

Entretanto, ao contrário de que se poderia imaginar, não há uma passagem direta para a responsabilidade objetiva pelo risco.

Não se pode esquecer, nesse ponto, que a teoria do risco somente veio a ser consagrada na França no final do século XIX com a publicação das obras de Saleilles e Josserand (1897), com preocupação voltada, especialmente, para os acidentes do trabalho e para os danos provocados por coisas perigosas.(10)

Antes da aplicação da teoria do risco ao direito público, desenvolveu-se a teoria da culpa do serviço (*faute du service*) ou da culpa anônima da administração pública, criada pelo Conselho de Estado. A falta do serviço caracteriza-se quando o serviço não funciona, quando deveria funcionar; funciona mal ou funciona atrasado.

O importante, na teoria da *faute du service*, é o estabelecimento que a responsabilidade extracontratual do Estado é primária, não derivando apenas da culpa pessoal do seu agente, mas da própria falha do serviço, ainda que anônima.(11) Pode ocorrer, por exemplo, falha do serviço sem que ocorra culpa individual de qualquer agente público. Não basta, entretanto, que o dano seja causado por um fato do serviço, exigindo-se alguma falha do serviço público.

O arrê *Anguet*, apreciado pelo Conselho de Estado em 1911, sintetiza bem o estágio a que chegou a teoria da *faute du service* no direito francês.(12)

O cidadão Anguet compareceu a uma agência postal poucos minutos antes do término do expediente, ocorrendo o seu fechamento quando ele estava ainda no local. Por isso, foi determinado que ele saísse pela sala de triagem. No caminho, envolveu-se em um incidente com dois carteiros, que o expulsaram do local com violência, ensejando que ele caísse e quebrasse a perna. Embora a solução na esfera cível fosse relativamente simples, pois os carteiros foram condenados penalmente pelas lesões causadas na vítima, o Conselho de Estado fundamentou sua decisão na *faute du service*. Apontou várias falhas na prestação do serviço público, como o fato de que alguém adiantara o relógio da repartição pública para sair mais cedo e de que havia um defeito no piso da porta, que fora a causa imediata do fato. Assim, independente da conduta em si dos carteiros, o Estado foi

responsabilizado pelas falhas do serviço prestado de maneira defeituosa.

A aplicação da teoria do risco para a responsabilidade extracontratual do Estado foi feita mais recentemente, especialmente no domínio da responsabilidade por fato da coisa.

René Chapus anota que, doutrinariamente, a origem da responsabilidade sem culpa pelos danos causados por coisas perigosas foram estudos desenvolvidos por Adhémar Esmein (1899) e Marcel Planiol (1906).⁽¹³⁾ Na jurisprudência do Conselho de Estado, encontra-se em um acórdão (arrêt) de 1924 um caso de acidente automobilístico envolvendo veículo pertencente à administração pública.⁽¹⁴⁾

O acolhimento da teoria do risco para a responsabilidade extracontratual do Estado não representou um abandono da noção de *faute du service*, que ainda tem grande prestígio no direito francês.

1.2) Direito Brasileiro

No Brasil, a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado, embora tenha acompanhado, em parte, o direito francês, apresentou uma trajetória peculiar, sendo regulada nas nossas Constituições desde 1824 e nos nossos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

1.2.1) Constituição Imperial de 1824

A teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado era a dominante no Brasil Colônia ⁽¹⁵⁾, embora a afirmação de alguns autores de que nunca tenha sido plenamente acolhida pelo direito brasileiro.⁽¹⁶⁾

O certo é que, após a independência do Brasil, em 1822, passa a ser gradativamente admitida essa responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes.

Em 1824, a Constituição imperial estabeleceu uma responsabilidade bastante restrita apenas dos agentes públicos. Reconheceu a responsabilidade pessoal dos agentes públicos “pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções” (art. 179, nº 29). O Imperador, entretanto, não era responsabilizado, pois “a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma” (art. 99).

Apesar da previsão constitucional apenas da responsabilidade pessoal dos agentes públicos, a jurisprudência, calcada em textos legislativos esparsos, passa a reconhecer gradativamente a responsabilidade

extracontratual do Estado com base no regime de direito privado, sendo, então, genuinamente uma responsabilidade civil do Estado.

No final do Século XIX, Rui Barbosa, após afirmar que, “na jurisprudência brasileira nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da administração pelos atos dos seus empregados”, complementava com elogio aos julgados acerca da responsabilidade do Estado, afirmando: “os julgados na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia-a-dia aumentando o tesouro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas.”(17)

1.2.2) Constituição Republicana de 1891

Em 1891, a primeira Constituição republicana, apesar do estágio a que chegara a jurisprudência brasileira do período monárquico, manteve apenas, também, a responsabilidade pessoal dos agentes públicos, estabelecendo textualmente que “os funcionários são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.” (art. 82).

1.2.3) Código Civil de 1916

Coube ao Código Civil de 1916 ir além da regra constitucional, estabelecendo de maneira ampla a responsabilidade extracontratual do Estado por atos de seus agentes, dispondo, em seu art. 15, o seguinte: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Essa norma é muito importante, pois, pela primeira vez, fica expressa, em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil das próprias pessoas jurídicas de direito público por atos ilícitos praticados por seus agentes.

O interessante é a fixação pelo Código Civil de 1916 de um regime distinto para a responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes em relação à responsabilidade civil pelo fato de outrem estabelecida para as pessoas jurídicas de direito privado por atos de seus empregados ou prepostos (art. 1521, III, c/c o art. 1523).

Esse regramento mereceu elogio de Ruy Cirne Lima no sentido de que “o Código Civil (de 1916) antecipa-se, por trinta anos, em excelência técnica, à Constituição vigente (1946).”(18)

Discutiu-se, doutrinariamente, se, em face da expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando com dever prescrito por lei”, a responsabilidade do Estado seria objetiva ou subjetiva. Prevaleceu ainda a teoria da responsabilidade subjetiva, exigindo-se a presença de culpa, embora já se reconhecesse de que esta seria presumida.(19)

Assim, a norma do art. 15 do Código Civil de 1916 constituiu passo decisivo para o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado no direito brasileiro.

1.2.4) Constituições de 1934 e 1937

A Constituição de 1934 estabeleceu, em seu art. 171, uma responsabilidade solidária entre o servidor culpado e a Fazenda Pública: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.”.

O art. 171 continha ainda dois parágrafos. O § 1º determinava que, na ação proposta contra a Fazenda Pública, o funcionário deveria ser citado como litisconsorte, enquanto o § 2º estabelecia o dever da Fazenda Pública, executada a sentença condenatória contra si, de promover a execução contra o funcionário culpado.

Almiro Couto e Silva esclarece que “a ação de indenização deveria ser proposta contra ambos e, executado o Estado, este promoveria, a seu turno, a execução contra o funcionário, segundo os princípios que regem a responsabilidade solidária.

Em 1937, a Constituição do Estado Novo manteve-se na mesma linha da responsabilidade solidária entre o agente público e o Estado (art. 158), tendo eliminado apenas os dois parágrafos mencionados.

Essa posição dúbia de nossa legislação acerca do fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado, seja nas cartas constitucionais, seja no Código Civil de 1916, ensejou forte reação crítica do Supremo Tribunal Federal, especialmente através dos Ministros Orozimbo Nonato, Pedro Lessa e Filadelfo de Azevedo. Em seus votos, eles passam a interpretar o texto constitucional e do Código Civil no sentido de reconhecer uma responsabilidade objetiva do Estado.(20)

Essa é uma das razões históricas que explicam o acolhimento, em 1946, na Constituição Federal, da responsabilidade objetiva do Estado com fundamento na teoria do risco criado ou do risco administrativo.

1.2.5) Constituição de 1946

A consagração da responsabilidade objetiva do Estado ocorre com o advento da Constituição de 1946. A proposta foi do deputado constituinte Mário Masagão⁽²¹⁾, redundando no texto do art. 194, que dispôs: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Regras semelhantes foram repetidas na Constituição de 1967 (art. 105) e na Emenda Constitucional nº de 1969 (art. 107), acrescentando-se apenas que a ação de regresso caberia nas hipóteses de culpa ou dolo do funcionário causador do dano.

A Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, ampliou ainda mais a responsabilidade extracontratual do Estado: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

E o novo Código Civil, em seu art. 43, manteve regra semelhante à norma constitucional, embora sem a mesma amplitude, pois não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Essa omissão não se mostra relevante, pois, naturalmente, prevalece a amplitude do texto constitucional.

Apesar da evolução normativa ao longo do Século XX na regulamentação da responsabilidade extracontratual do Estado, tentando-se solucionar várias questões que eram objeto de crítica doutrinária e jurisprudencial, restam, ainda, diversos pontos controvertidos, inclusive conceituais, a merecerem atenção especial, especialmente no que tange aos seus pressupostos e às causas de exclusão do nexo causal, o que será analisado nos dois próximos capítulos.

2) Pressupostos

Serão inicialmente rememorados os pressupostos da responsabilidade civil no sistema tradicional para, em segundo momento, proceder-se à sua análise na responsabilidade extracontratual do Estado.

2.1) Pressupostos da responsabilidade civil no sistema tradicional

Responsabilidade civil é, sinteticamente, no sistema tradicional, a obrigação de indenizar, conforme, aliás, é bastante preciso o art. 927, caput, do novo Código Civil. O Título IX do Livro das Obrigações do novo Código Civil denomina-se “da Responsabilidade Civil” e o seu Capítulo I, “da Obrigação de Indenizar”, abrindo a sua estatuição legal com a seguinte definição: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Estabeleceu, assim, o legislador do novo CC a ligação entre a obrigação de indenizar e as suas fontes, fazendo expressa referência aos artigos 186 (definição de ato ilícito culposo) e 187 (conceito de abuso de direito) do Título III da Parte Geral, que se denomina, exatamente, “dos atos ilícitos”.

Fica claro, desse modo, que o dever de reparar os danos não é atribuído arbitrariamente pelo ordenamento jurídico, tendo sua fonte em determinados fatos geradores, que são os atos ilícitos.

Os pressupostos da responsabilidade civil são o conjunto de elementos ou requisitos que devem estar presentes nesses fatos geradores para que ocorra o nascimento da obrigação de indenizar. A falta de um desses elementos afasta a responsabilidade civil.

Os pressupostos da responsabilidade civil, extraídos do conceito de ato ilícito estabelecido pela norma do art. 186 do novo CC, correspondente ao art. 159 do CC/16, são basicamente os seguintes:

- a) fato,
- b) nexo de imputação,
- c) ilicitude,
- d) nexo causal,
- e) dano.

A definição de fato absorve qualquer evento da vida, que tenha a potencialidade de causar dano, abrangendo as condutas comissivas ou omissivas do próprio agente, os fatos praticados por terceiros relacionados ao demandado, como os filhos menores, os curatelados, os empregados (art. 932 do novo CC), os fatos causados por animais (art. 936 do novo CC) e os fatos provocados por coisas perigosas (artigos 931, 937 e 938 do novo CC).(22)

O conceito de dano envolve toda a ampla gama de prejuízos sofridos pela vítima em decorrência do fato, incluindo os patrimoniais (com

conteúdo econômico) e os extrapatrimoniais ou morais (sem conteúdo econômico).(23)

O nexo causal, por sua vez, é definido como a relação de causa e efeito entre o fato e o dano. O prejuízo da vítima deve ter sido provocado pelo fato considerado. Deve-se, assim, estabelecer um vínculo de causa e efeito entre a ação (fato) e o seu resultado (dano). A relação de causalidade, além de pressuposto da responsabilidade civil, serve também como limite para fixação dos danos indenizáveis, pois somente os prejuízos efetivamente causados pelo agente podem ser a ele imputados.

A noção de ilicitude estabelece a contrariedade do fato ao direito. Corresponde à antijuridicidade do Direito Penal. Além de o fato ser o causador do dano, deve-se verificar, no caso concreto, objetivamente, se existe afronta ao ordenamento jurídico como um todo. Normalmente, a ocorrência de um dano é indício da ilicitude do fato causador. Porém, podem ocorrer, eventualmente, situações que excluem a ilicitude do fato, como o exercício regular de um direito, a legítima defesa, o estado de necessidade.(24) Eventualmente, os fatos lícitos podem gerar obrigação de indenizar.(25)

Finalmente, o nexo de imputação representa o vínculo subjetivo que deve ser estabelecido entre determinado fato e sua atribuição a uma certa pessoa natural ou jurídica. A imputação pode ser delitual (culpa lato sensu) ou objetiva (risco ou sacrifício). Na responsabilidade subjetiva, por exemplo, não basta que o agente tenha-se conduzido objetivamente de forma contrária ao direito, havendo necessidade também da presença de culpa. A conduta culposa do agente é merecedora de censura, porque, nas circunstâncias concretas, ele poderia e deveria ter agido de maneira diversa. Na responsabilidade objetiva, a imputação dá-se independente da presença de culpa, bastando que o dano tenha sido causado pelo agente a quem se imputa a responsabilidade em consequência de uma atividade desenvolvida em seu proveito.(26)

2.2) Pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado

Na responsabilidade extracontratual do Estado, os pressupostos são semelhantes, devendo-se apenas adaptar cada um dos elementos do fato gerador da obrigação de indenizar às peculiaridades do regime jurídico de direito público.

Por isso, cada pressuposto merece uma análise individualizada, estabelecendo-se as suas peculiaridades na sua transposição para a responsabilidade extracontratual do Estado.

São cinco os pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado que merecem uma análise individualizada:

- a) fato,
- b) nexa de imputação,
- c) ilicitude,
- d) nexa causal,
- e) dano.

2.2.1) Fato

Três aspectos são relevantes, quando se analisa o fato gerador da responsabilidade extracontratual do Estado:

- a) a diversidade das modalidades de fatos,
- b) a qualidade de agente público,
- c) as pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviço público.

2.2.1.1) Modalidades de fatos

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado em geral é, em regra, por fato de terceiro ou de outrem (art. 932, III, do novo CC). Pode, entretanto, também derivar de fatos praticados por animais (art. 936) ou, até mesmo, por fatos causados por coisas perigosas (artigos 931, 937 e 938).

No caso das pessoas jurídicas de direito público, não é muito diferente, havendo uma grande diversidade de fatos causadores.

O ato pode ser praticado por seu funcionário ou por qualquer outra pessoa a ele vinculada, bastando que se enquadre no conceito amplo de agente público, como será analisado no tópico seguinte. Assim, os causadores dos danos poderão ser não apenas servidores públicos regularmente investidos na função pública, mas também agentes com atuação transitória e, até mesmo, sem remuneração, como ocorre, v.g., com os jurados do Tribunal do Júri ou os mesários nas eleições.

Almiro do Couto e Silva anota com precisão que "a responsabilidade do Estado pelos atos e omissões de seus agentes não é, a rigor, responsabilidade pelo fato de outrem, como acontece no direito privado nas relações entre patrão-empregado, comitente-comitido", pois "o agente público é órgão do Estado, é parte dele, não é representante do Poder Público, é o próprio Poder Público, o que levava Pontes de Miranda a afirmar que ele apresenta e não representa o Estado." (27)

O dano sofrido pelo particular pode também ter origem em fato causado por animal pertencente a um órgão público (ex.: um cavalo da polícia militar sobe sobre um automóvel estacionado no pátio de um estádio de futebol) (28) ou fato decorrente de uma coisa perigosa

pertencente à administração pública (ex.: explosão de uma granada ou a falha de uma urna eletrônica).(29)

O fato normalmente é comissivo, mas pode ser também omissivo. Nesse caso, há interessantes discussões acerca do nexo de imputação, que serão desenvolvidas no tópico relativo ao nexo de imputação.

2.2.1.2) Agentes Públicos

Na Constituição de 1967, havia forte controvérsia acerca da possibilidade de ampliação do conceito de “funcionário” fixado por seu art. 107.

Na doutrina e na jurisprudência, construiu-se um conceito amplo de funcionário para abranger qualquer pessoa que exerça um serviço público, não importando a natureza do seu vínculo com a administração pública (estatutário, celetista, funcionário de fato ou transitório).(30)

Cahali, fazendo referência a antigos julgados do STF, anota que “para fixação da responsabilidade civil não importa a regularidade ou irregularidade da investidura do funcionário culpado”.(31)

Para superar definitivamente essa controvérsia, na Constituição de 1988, a palavra “funcionário” foi substituída pela expressão “agentes públicos”, em seu art. 37, § 6º, tornando clara a abrangência da responsabilidade extracontratual do Estado.

Cahali explica que “a palavra ‘agente’ pelo elastério que propicia, compreende aquelas pessoas que, de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, se encontram exercendo qualquer atividade inerente ao serviço público.”(32)

Maria Sylvia di Pietro, na mesma linha, anota a exigência apenas de “que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço.”(33)

E Almiro do Couto e Silva explica que, por agente, “entende-se toda a pessoa que, no momento do evento danoso, esteja no exercício de suas funções como órgão de qualquer Poder do Estado independentemente da validade ou não da sua investidura ou dos seus atos e omissões.” E complementa: “Ainda que seja funcionário de fato ou que sua conduta seja abusiva (como a do motorista do ministério que, dirigindo veículo público, vai visitar a namorada e, no

percurso, mata um transeunte), mesmo assim foi sua qualidade de ou condição de agente público que possibilitou o dano.”(34)

Portanto, o conceito de agente público é amplo, bastando que ele tenha agido nessa qualidade para se responsabilizar o Estado pelos danos por ele causados.

2.2.1.3) Prestadores de Serviços Públicos

O regime de responsabilidade extracontratual do Estado regula, especialmente, os prejuízos causados por atos imputáveis às pessoas jurídicas de direito público.

A regra constitucional do art. 37, § 6º, da CF deixou claro, entretanto, que também são abrangidas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A Constituição de 1988 centrou a responsabilidade extracontratual do Estado “para o âmbito do serviço público prestado.”(35)

Assim, não há mais dúvida acerca do regime jurídico aplicável ao exame da responsabilidade civil de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como ocorre com as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações e as empresas concessionárias de serviços públicos.

O importante é a natureza pública do serviço causador do dano ao particular.

Odete Medauar sintetiza, com precisão, a situação das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, conforme estejam, ou não, inseridas na administração. Diz que “entre as entidades da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica privada, figuram as empresas públicas, sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas.” E arremata: “Para que se enquadrem no referido § 6º deve-se verificar se prestam serviços públicos, o que nem sempre se revela fácil”, em face da concepção ampla e restrita de serviço público. Diz que a solução está na verificação das disposições constitucionais e legais regulamentadoras de cada serviço público, tais como: fornecimento de água, coleta de lixo, limpeza e iluminação pública, correio, telefone. E finaliza: “Se as entidades acima prestarem serviços públicos, o regime de sua responsabilidade civil por danos a terceiros é o do § 6º.”(36)

Almiro do Couto e Silva, entretanto, faz uma importante ponderação em relação ao regime de responsabilidade civil aplicável às pessoas jurídicas de direito privado que atuem como concessionárias ou

permissionárias de serviços públicos ou na exploração de obras públicas, por força de atos ou contratos administrativos. Afirma que, por exercerem função delegada, "o § 6º do art. 37 da Constituição Federal não lhes tem aplicação direta", pois a interpretação do texto constitucional deve ser feita em consonância com o caput do art. 37, que se dirige à "administração pública direta, indireta ou fundacional...".(37)

Odete Medauar, em relação a essas pessoas jurídicas de direito privado, faz uma distinção que parece contornar esse ponto controvertido. Diz ela que, em relação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como as concessionárias, permissionárias e detentoras de autorização para sua realização, a responsabilidade é objetiva pelos danos derivados das atividades vinculadas ao serviço público prestado, "ficando sob a égide do direito privado os danos advindos de outras atividades".(38)

De todo modo, após a edição do novo Código Civil, a situação do prejudicado ficou ainda mais confortável, em face da cláusula geral de responsabilidade objetiva constante do art. 927, § único, 2ª parte, quando estabelece: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza risco para os direitos de outrem."

Assim, tanto no regime de direito público, como no de direito privado, haverá responsabilidade objetiva pelo risco da atividade.

Finalmente, não se pode esquecer a possibilidade de aplicação do regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) para os danos causados aos consumidores por serviços públicos, quando esteja caracterizada uma relação de consumo (artigos 14 e 22 do CDC).(39) Nesse caso, caracterizado o fato do serviço (art. 14), haverá também responsabilidade do fornecedor pelos danos causados ao consumidor independentemente de culpa.

Assim, o fundamento principal para os danos causados a terceiros por atos vinculados a pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público é a teoria do risco em suas diferentes matizes, ensejando a sua responsabilização objetiva.

2.2.2) Imputação

O nexo de imputação é a vinculação subjetiva entre o fato e a pessoa (natural ou jurídica) a quem se imputa responsabilidade.

No sistema do Código Civil, a imputação pode derivar da culpa ou do risco. Na responsabilidade subjetiva ou aquiliana, regulada pelo art.

186 do novo CC, a imputação ocorre pela culpa. Na responsabilidade objetiva, a imputação dá-se pelo risco da atividade, conforme expressamente estabelecido pela norma do art. 927, § único.

Na responsabilidade extracontratual do Estado, nos atos comissivos dos agentes públicos, a imputação é objetiva, estando calcada na teoria do risco criado ou do risco administrativo. Não há maior discussão doutrinária ou jurisprudencial a esse respeito, conforme já analisado na evolução histórica dos fundamentos da responsabilidade extracontratual do Estado.

Porém, quando o fato atribuído ao Estado é omissivo, discute-se a natureza da imputação: culpa (responsabilidade subjetiva) ou risco (responsabilidade objetiva).

2.2.2.1) Risco administrativo

A noção de risco, que é bastante antiga, foi desenvolvida para resolver situações em que ocorre a destruição ou deterioração de um determinado bem por caso fortuito ou força maior. Nessas hipóteses, quando não há identificação de comportamento culposos de outrem, o risco é atribuído ao titular do direito incidentesobre o bem atingido. No Direito das Coisas, os riscos são atribuídos ao titular do direito real, normalmente o proprietário, enquanto, no Direito das Obrigações, os riscos correm, em regra, a conta do credor.(40)

Na responsabilidade pelo risco, há uma socialização dessa noção, estabelecendo-se que o dano vai ser suportado por pessoa diversa da que resultaria da aplicação normal da regra geral acima indicada.(41) Em vez de se atribuir as consequências do fato danoso, em que não se conseguiu apontar a ocorrência de culpa, à própria vítima, imputa-se a responsabilidade ao titular do empreendimento que desencadeou a ocorrência do evento.

Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação acerca do elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade.(42)

Na responsabilidade extracontratual do Estado, essa imputação é feita à pessoa jurídica de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A teoria do risco apresenta duas grandes variantes, que aparecem na responsabilidade extracontratual do Estado e que são a teoria do risco da atividade e a teoria do risco integral.

A teoria do risco administrativo é a modalidade normal em que, embora se atribua a responsabilidade ao Estado independentemente de culpa, se permite a sua exclusão em determinadas situações de rompimento do nexo causal (culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, força maior).

A teoria do risco integral constitui "uma modalidade extremada do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal".(43) A natureza dos perigos ensejados por uma determinada atividade faz com que o ordenamento jurídico atribua obrigação de indenizar ao agente por ela responsável mesmo em situações em que ocorra culpa concorrente da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Exemplos característicos têm-se no dano nuclear (CF, art. 21, XXIII, c/c o art. 8º da Lei 6.453/77) e no dano ambiental (Lei 6.938/81, art. 14, § 1º) em que a eventual possibilidade de exclusão por caso fortuito ou força maior afastaria, na maioria dos casos, uma proteção efetiva contra esses prejuízos.

No direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que a regra, na responsabilidade objetiva, é o acolhimento da teoria do risco administrativo, e a exceção, o risco integral.

2.2.2.2) Culpa do serviço

A teoria da culpa do serviço (*faute du service*) tem tido também grande prestígio no Brasil, na responsabilidade extracontratual do Estado por atos omissivos, em função de seu acolhimento por Celso Antônio Bandeira de Mello(44), apoiado na doutrina sustentada por seu pai Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.(45) Afirma que "a responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados".(46)

Em relação aos comportamentos comissivos dos agentes públicos e aos fatos das coisas (v.g. semáforo defeituoso), o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello expressamente os inclui entre as hipóteses de responsabilidade objetiva.(47) Essa opinião tem tido considerável prestígio na doutrina e na jurisprudência nacional.

Em posição contrária, Aguiar Dias e Hely Lopes Meirelles sustentam que a responsabilidade é sempre objetiva.

Aguiar Dias, após explicar a teoria da falta do serviço público e da culpa administrativa, em face do art. 15 do Código Civil brasileiro, confessa sua “preferência pela doutrina objetiva, também chamada do risco administrativo...”.(48)

Hely Lopes Meirelles também deixa entrever sua preferência pela teoria do risco administrativo, explicando que “tal teoria, como o nome está a indicar baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina....”.(49)

Almiro do Couto e Silva, embora admitindo a necessidade de culpa do agente ou falha do serviço em determinadas situações, como ocorre com as obrigações de meio (v.g. serviços médicos, defensoria pública), em que é exigível uma falha do serviço, faz uma interessante crítica à teoria sustentada por Oswaldo Aranha e Celso Antônio Bandeira de Mello, anotando que a tese da responsabilidade subjetiva do Estado somente tem relevo quando a omissão do Estado constituir concausa do evento danoso. Observa que “há inúmeras situações em que o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público e, no entanto, a responsabilidade é subjetiva.” E complementa: “Assim, por exemplo, na hipótese de um acidente de veículo ter sido causado por defeito de manutenção ou sinalização de via pública, ou na de o Estado omitir-se de socorrer pessoa enferma que acorrera a hospital público.”(50)

Na realidade, a questão relativa à responsabilidade do Estado por atos omissivos é bastante complexa e penso que a melhor solução está em analisar o problema em outra perspectiva.

Não há dúvida que a responsabilidade extracontratual do Estado é, em regra, objetiva. Quando se menciona responsabilidade subjetiva da Administração Pública, deve-se ter o cuidado para não confundir ilicitude com imputação pela culpa.

O problema também ocorre no direito privado, quando, no exame da responsabilidade civil tradicional, os autores confundem, freqüentemente, culpa e ilicitude. Na realidade, são conceitos autônomos com características distintas.

Antunes Varela sintetiza com precisão as suas semelhanças e diferenças: “Ambas exercem como condicionantes da sanção civil,

uma função reprovadora da conduta do prevaricador ou faltoso: a ilicitude, no aspecto geral e abstrato considerado pela norma legal; a culpa, no momento subjetivo, em que o julgador, ainda apoiado na lei, aprecia a reprovabilidade da conduta do agente (ou omitente), em face das circunstâncias concretas do caso".(51)

Na verdade, quando se utiliza a denominação "culpa anônima do serviço público", traduzindo-se quase que literalmente a expressão *faute du service* do direito francês, está-se falando, na maioria das vezes, em ilicitude da ação ou omissão administrativa por descumprimento de um dever jurídico de agir.

Está-se afirmando a responsabilidade do Estado por atos omissivos, quando o ente estatal tinha o dever jurídico de agir e não o fez, ou o fez deficientemente.

Exemplo característico dessa situação, que tem ensejado muita controvérsia na jurisprudência, é o homicídio praticado por um foragido de presídio.

Isso, entretanto, nem sempre é imputação subjetiva pela culpa. Muitas vezes continua sendo responsabilidade objetiva pelo risco da atividade administrativa, pois, em boa parte das vezes, não é possível sequer apontar quem foi o agente ou o órgão público que falhou.

A jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, tem acolhido expressa ou implicitamente essa posição.

Merece referência julgado do Superior Tribunal de Justiça, que apreciou a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos investidores de instituição financeira (caso Coroa Brastel) pelas falhas de fiscalização do Banco Central.(52) O voto do relator do acórdão, Min. Luiz Fux, deixa muito claros os fundamentos da responsabilização do Estado, iniciando pela indicação dos deveres descumpridos pelo Banco Central e concluindo com o reconhecimento da falha de fiscalização da instituição financeira no exercício do seu poder de polícia.

Enfim, essa questão situa-se em uma zona limítrofe entre a imputação subjetiva e a ilicitude.

2.2.3) Ilicitude

A ilicitude significa a antijuridicidade do fato imputado ao agente, ou seja, a sua contrariedade ao ordenamento jurídico considerado como um todo.

Discute-se doutrinariamente se a ilicitude também seria um pressuposto na responsabilidade extracontratual do Estado.

José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que a responsabilidade civil do Estado é sempre por ato lícito.(53)

Canotilho parte da opinião do autor alemão Leisner no sentido de que a responsabilidade objetiva pelo risco funda-se em ato ilícito não culposos, afirmando que, no Estado de Direito, “o princípio da legalidade tem como corolário lógico e necessário a qualificação de um dano como lícito apenas quando ele é expressamente autorizado ou justificado pelo legislador.” Conseqüentemente, mesmo os danos acidentais devem ser considerados ilicitamente causados. Em síntese, não haverá indenização independente de culpa sem especial ilicitude (*spezielle Rechtswidrigkeit*). (54)

Canotilho discorda da tese de Leisner, anotando que o “legislador, ao admitir o desenvolvimento de certas atividades ou execução de serviços excepcionalmente perigosos, aos quais é inerente a alta probabilidade de causação de danos, não estará ipso facto a justificar as incidências lesivas acidentalmente derivadas de tais actividades ou serviços como necessários ao interesse público.” Complementa a crítica com a lição de Antunes Varela, afirmando que Leisner substitui a ilegalidade pela culpa, quando, na verdade, a culpa e a ilicitude são perfeitamente diferenciáveis e têm função autônoma. Procura demonstrar que, enquanto a ilicitude considera objetivamente a conduta do autor do fato em confronto com os valores tutelados pela ordem jurídica, a culpa atém-se ao aspecto subjetivo desse mesmo fato, verificando a maior ou menor censurabilidade da conduta.(55) O autor termina por concluir que, tanto os danos causados por atividades perigosas, em que o agente está autorizado a realizar e que invadem a esfera jurídica alheia (responsabilidade pelo risco), quanto aqueles em que o sujeito, agindo voluntária e intencionalmente, está legitimado a lesar a esfera patrimonial de terceiro (responsabilidade por atos lícitos propriamente dita), constituem modalidades de responsabilidade por atos lícitos.

A lição de Canotilho tem plena atualidade, especialmente diante do texto do novo Código Civil, que, em seu art. 927, parágrafo único, ao lado das hipóteses de responsabilidade de particulares por atos lícitos (estado de necessidade e legítima defesa – artigos 929 e 930), estabeleceu uma cláusula geral de risco, deixando entrever o descarte da ilicitude como pressuposto da responsabilidade objetiva. Basta observar que o caput do art. 927 do novo CC refere-se a duas modalidades de atos ilícitos descritos na Parte Geral (artigos 186 e 187). Em vez de inserir a cláusula geral de risco na Parte Geral (artigos 186 e seguintes) ou no caput do art. 927 do novo CC, ela foi colocada pelo legislador em enunciado normativo autônomo no parágrafo único desse último dispositivo legal.

A questão é relevante, pois existem comportamentos lícitos do Estado que têm aptidão para causar danos.

Por exemplo: a morte de um preso em fuga por um policial militar que fazia a guarda do Presídio e que foi, posteriormente, absolvido pela Justiça Militar por ter agido no estrito cumprimento do dever legal. O Estado pode ser compelido a indenizar a família do preso morto pelos prejuízos sofridos?

Na realidade, a solução da questão repousa na distinção entre atos comissivos e omissivos.

Nos atos comissivos, a responsabilidade civil do Estado é independente da licitude ou ilicitude do fato. Ou seja, a ilicitude é irrelevante, podendo estar presente ou não. É semelhante ao que ocorre na responsabilidade objetiva pelo risco, que é independente de culpa.

No caso apontado, a solução deve ser buscada nas causas de exclusão do nexo causal, como a culpa exclusiva da vítima, rompendo a relação de causalidade e afastando a responsabilidade extracontratual.

Todavia, na responsabilidade do Estado por atos omissivos, a situação é diferente.

A omissão somente é relevante, quando um órgão ou agente público tem o dever jurídico de agir e não o faz.

Nos atos omissivos imputados ao Estado, haverá responsabilidade quando ocorrer uma falha no dever jurídico de agir dos agentes ou órgãos estatais. Ou seja, somente haverá responsabilidade extracontratual do Estado na hipótese de uma atuação omissiva ilícita da administração pública.

Portanto, a ilicitude é um dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado, devendo-se apenas estabelecer uma distinção entre atos omissivos e comissivos em que ela terá maior ou menor relevância.

2.2.4) Dano

O conceito de dano indenizável abrange todos os prejuízos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes) ou extrapatrimoniais (danos morais) proporcionados pelo fato gerador da responsabilidade civil.

O importante é que se trate de prejuízo certo e efetivo, podendo ser atual ou futuro. Todavia, não abrange o dano apenas eventual ou possível. (56)

No caso dos atos lícitos da administração pública causadores de danos, exige-se que a lesão ao direito do particular ocorra de modo anormal e especial.

A especialidade decorre do fato de o dano ser causado a um indivíduo ou a um grupo particular determinado, e não recair sobre toda a coletividade.

A anormalidade significa que o dano causado ao particular “supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social.” (57)

A quantificação do dano segue as regras fixadas pelo novo Código Civil, especialmente nos seus artigos 944 e seguintes, exigindo-se apenas que tenham sido efetivamente causados por fato imputado à administração pública.

2.2.5) Nexo causal

O nexo causal é a relação de causa e efeito que se deve estabelecer entre o fato (ação) e o dano (resultado) para a caracterização do fato gerador da obrigação de indenizar.

Na responsabilidade extracontratual do Estado, a questão torna-se particularmente relevante a partir do momento em que se adota a teoria do risco administrativo como fundamento central, pois a causa do dano deve ter sido uma atividade ou uma omissão da Administração Pública.

Yussef Said Cahali anota que, qualquer que seja a teoria adotada para fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco social), “a causa do dano coloca-se como pressuposto necessário...” (58) E complementa: “Estabelecido o liame causal, a decorrência do dano à causa da atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus agentes, exsurge daí o dever de indenizar.” (59)

Discute-se doutrinariamente acerca da teoria adotada pelo direito brasileiro para o estabelecimento do nexo de causalidade na responsabilidade civil (teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causa direta e imediata ou teoria da causalidade adequada).

Sem se posicionar claramente acerca da teoria adotada pelo direito brasileiro, Cahali deixa entrever sua simpatia pela teoria da

causalidade adequada: "Em outros termos, e sempre em função das circunstâncias do caso concreto, impende considerar se o dano sofrido pelo particular vincula-se direta e adequadamente ao ato (comissivo ou omissivo) imputado ao agente da Administração." (60)

Exemplificou o autor (61) com acórdão do STF, relatoria do Ministro Moreira Alves, em que foi reconhecida a teoria do dano direto e imediato (art. 1060 do CC/16), em que não se reconheceu responsabilidade do Estado por ato ilícito praticado por preso que fugara vinte e um meses antes de hospital penitenciário por inexistência de relação de causa e efeito. (62)

Na mesma linha, Almiro do Couto e Silva anota a inaplicabilidade da teoria da equivalência dos antecedentes "pelas conseqüências aberrantes a que conduz", deixando transparecer sua simpatia pela teoria da causalidade imediata ou direta (art. 1060 do CC/16) ou pela teoria da causalidade adequada. (63)

Sem adentrar na controvérsia acerca da melhor teoria acerca do nexo de causalidade no direito brasileiro, o importante é que se situa nesse ponto, via de regra, a principal forma de defesa do Estado.

Como se adota, em regra, no direito brasileiro, conforme já aludido no tópico relativo ao nexo de imputação, a teoria do risco criado ou do risco administrativo, cujos efeitos são diversos da teoria do risco integral, as formas de rompimento do nexo causal e, conseqüentemente, de exclusão da responsabilidade civil são relativamente amplas, merecendo uma análise particularizada, o que será desenvolvido no próximo capítulo.

3) Exclusão da responsabilidade

As principais causas de rompimento do nexo causal e, conseqüentemente, de exclusão da responsabilidade extracontratual do Estado, que os franceses denominam de *cause étrangère*, são as seguintes:

- a) a culpa da vítima (exclusiva e concorrente);
- b) o fato exclusivo de terceiro;
- c) a força maior e o caso fortuito.

Será também abordado o delicado problema da incidência das concausas como fator de atenuação da responsabilidade do Estado.

3.1) Culpa da Vítima

A culpa exclusiva da vítima aparece como importante causa de rompimento do nexo causal e, conseqüentemente, de exclusão da responsabilidade extracontratual do Estado.

A culpa concorrente da vítima, sem chegar a romper o nexo causal, atenua a obrigação de indenizar do Estado.

Aguiar Dias, após criticar a denominação tradicionalmente utilizada, inclusive pelo legislador, afirma que a expressão mais adequada seria “fato exclusivo da vítima”, explicando que se trata de um mero problema de causalidade que transborda os limites da simples culpa (v.g. suicídio de um louco que se atira na frente de um bonde não é imputável à empresa de transporte).(64)

Pontes de Miranda prefere a expressão culpa exclusiva da vítima.(65)

Independente da nomenclatura correta, o certo é que o fato ou a culpa exclusiva da vítima constitui causa de rompimento do nexo causal, excluindo a responsabilidade extracontratual da Administração Pública.

Na perspectiva do direito público, Cahali anota que “o dano não se qualifica juridicamente como injusto e, como tal, não legitima a responsabilidade civil do Estado, se encontra a sua causa exclusiva no procedimento doloso ou gravemente culposos do próprio ofendido”.(66)

Na jurisprudência, inúmeros acórdãos excluem ou atenuam a responsabilidade do Estado com acolhimento dessa eximente. Serve como exemplo acórdão do Superior Tribunal de Justiça em que foi reconhecida a culpa concorrente de adolescente de 14 anos de idade que, durante passeio a balneário pago, mergulhou em córrego de águas rasas, ficando tetraplégico. No acórdão, ficou reconhecida a responsabilidade do Estado por ato omissivo com a participação culposa da vítima no evento.(67)

3.2) Fato Exclusivo de Terceiro

O fato exclusivo de terceiro abrange as atividades desenvolvidas por uma pessoa determinada que, sem possuir qualquer vinculação com a vítima ou com o causador aparente do dano, interfere no processo causal e provoca com exclusividade o evento lesivo.(68) Por isso, determina o rompimento do nexo de causalidade, pois assume a condição de causa exclusiva do evento danoso.

Para que ocorra o efetivo rompimento do nexo causal, exige-se que o fato de terceiro apresente três características fundamentais: exclusividade, inimputabilidade e individuação.(69)

A exclusividade, ou causalidade, significa que o fato de terceiro deve ser a causa adequada e exclusiva do dano, pois, se for apenas um fator concorrente (concausa), persiste a responsabilidade do agente.

A inimputabilidade relaciona-se com a qualidade do terceiro, que deve atuar de modo completamente independente em relação ao comportamento do ofensor demandado, não podendo ser, de qualquer forma, a ele atribuído. Além disso, essa pessoa não pode ter qualquer vinculação com o agente responsabilizado, como ocorre nas situações do art. 932 do Código Civil (filho menor, pupilo, curatelado, empregado).

Finalmente, para caracterização da individuação, o terceiro deve ser uma pessoa específica, ainda que, eventualmente, não seja passível de perfeita identificação, como ocorre na hipótese de sua fuga do local do evento. Se não for individuável, poderá o fato caracterizar-se como hipótese de força maior.

Em síntese, o fato de terceiro deve surgir como causa adequada e exclusiva do dano, rompendo o nexa causal.

Cavaleri apresenta como exemplo de fato exclusivo de terceiro um caso julgado pelo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro de um ciclista que foi atropelado e morto por um ônibus,(70) quando trafegava com sua bicicleta pelo acostamento de uma rodovia. Na ação indenizatória, movida pela viúva contra a empresa de ônibus, apurou-se que a causa efetiva do atropelamento foi um buraco existente na pista de rolamento que havia sido aberto por uma empresa pública, no qual o ciclista havia caído, perdendo o equilíbrio e sendo arremessado para dentro da rodovia, onde foi atingido na cabeça por uma das rodas traseiras do coletivo. Em função disso, a demanda foi julgada improcedente contra a empresa de ônibus, reconhecendo-se a ocorrência do fato exclusivo de terceiro.(71)

Portanto, o reconhecimento da excludente do fato exclusivo de terceiro exige o somatório dos três elementos indicados.

Especificamente em relação à responsabilidade extracontratual do Estado, serve de exemplo julgado recente do Superior Tribunal de Justiça que afastou a obrigação de indenizar do Detran de Santa Catarina, que registrara veículo furtado. Foi reconhecida pelo STJ a ocorrência de fato exclusivo de terceiro consistente na ação criminosa de quem furtara o veículo e fraudara o seu registro.(72)

3.3) Força Maior e o Caso Fortuito

A atuação do caso fortuito e da força maior, como causas de rompimento da relação de causalidade e exclusão da responsabilidade

extracontratual do Estado, tem constituído matéria controvertida na doutrina e na jurisprudência.

A polêmica, na realidade, é mais conceitual, em face da divergência entre os autores acerca dos critérios distintivos para catalogar uma situação como sendo caso fortuito ou força maior.

A questão será inicialmente analisada no direito privado e, posteriormente, transposta para o direito público.

3.3.1) Direito Privado

O caso fortuito e a força maior apresentam-se como acontecimentos inevitáveis e independentes de qualquer atividade do agente, atuando, com exclusividade, na produção do dano.(73)

No direito privado, esses dois institutos jurídicos têm sido referidos em conjunto, como se constituíssem expressões sinônimas. Na realidade, o caso fortuito e a força maior são institutos autônomos, que foram aproximados pela dificuldade prática de distinção e por produzirem efeitos jurídicos similares.(74)

O legislador brasileiro, tanto na edição do Código Civil de 1916 (art. 1.058), como no novo Código Civil (art. 393), tem regulado os dois institutos no bojo da responsabilidade negocial ou contratual, optando expressamente por sua equiparação com a seguinte definição: "O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

A inspiração de nosso legislador para essa opção foi o direito francês. Mazeaud-Tunc explicam que o legislador francês, ao redigir as regras dos artigos 1.147 e 1.148 do Código Civil francês, que apresentam dicção semelhante as dos artigos 391 a 393 do novo Código Civil brasileiro, regulamentou o caso fortuito e a força maior apenas como causas externas de exoneração da responsabilidade contratual, nada dispondo acerca da responsabilidade delitual. Esclarecem que o motivo foi o domínio absoluto do princípio da culpa sobre a responsabilidade delitual no Código Napoleônico, tornando dispensável qualquer referência especial acerca de eventos cuja causação não tenha tido participação da vontade do demandado.(75)

Pelos mesmos motivos, o legislador brasileiro de 1916 procedeu à regulamentação dos dois institutos como causas de exclusão da responsabilidade negocial, em face do amplo domínio do princípio da culpa no regime de responsabilidade extracontratual adotado pelo Código Civil revogado (art. 159).

Todavia, no novo CC, os dois institutos deveriam ter recebido um tratamento mais consentâneo com o novo regime de responsabilidade extracontratual adotado, em face da significativa ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva pelo risco, que se caracteriza independentemente de culpa (art. 927, § único, do CC/16).

De todo modo, a opção pela equiparação das duas figuras mostra-se correta, devendo-se a razões de ordem prática, já que a distinção entre caso fortuito e força maior tem constituído fator de profunda controvérsia doutrinária.

Aguiar Dias anota que o debate acerca das diferenças entre os dois institutos é tão agitado quanto o travado em torno dos fundamentos da responsabilidade civil.(76)

A divergência entre os autores estabelece-se a partir da fixação do critério a ser adotado para se qualificar um fato como caso fortuito ou de força maior: a) a imprevisibilidade; b) a irresistibilidade; c) a externidade; d) a presença da vontade humana; e) a gravidade do acontecimento.(77)

No Direito Romano, o critério de distinção estabelecido por Ulpiano(78) repousava na irresistibilidade ou na imprevisibilidade do fato.(79) O caso fortuito (*casus*) seria o acontecimento (força da natureza ou ato humano) normalmente imprevisível, embora, se houvesse sido previsto, pudesse ser evitado, abrangendo os fatos acidentais.(80) Já a força maior (*vis maior*) seria o acontecimento natural ou o ato humano irresistível, ainda que fosse possível prever a sua ocorrência, englobando os fatos superiores à vontade do agente.(81)

Esse critério clássico de distinção mostra-se interessante na teoria. Todavia, na prática, apresenta sérios problemas para permitir a identificação, em determinado caso concreto, se estamos diante de uma situação de caso fortuito ou de força maior.

No direito brasileiro, Lacerda de Almeida inverteu a fórmula de Ulpiano.(82) A força maior seria “o acontecimento insólito de impossível ou difícil previsão, tal como uma extraordinária seca, uma inundação, um incêndio, um tufão”.(83) O caso fortuito seria “um sucesso previsto, mas fatal, como a morte, a doença”.(84)

Pontes de Miranda, por sua vez, embora criticando a utilidade prática da distinção, estabelece como critério diferenciador a participação da vontade humana no evento: “Caso fortuito dizia-se o fato da natureza; a força maior, a força do homem, como o assalto dos ladrões”.(85) Trata-se de um interessante critério de diferenciação, especialmente para efeitos didáticos, pois valoriza a presença da

vontade humana no suporte fático na esteira da teoria do fato jurídica desenvolvida por Pontes de Miranda. No caso fortuito, a vontade humana não está presente (v.g. eventos da natureza), enquanto, na força maior, deve estar (ex.: greve, motim, atentado terrorista).

Louis Josserand, com base na teoria de Exner, estabeleceu um critério de distinção, para efeito da responsabilidade objetiva, no caráter externo do acontecimento (externidade).(86) O caso fortuito seria um “fortuito interno” ligado à pessoa do devedor e à sua empresa, sendo somente aplicável às hipóteses de responsabilidade objetiva. A força maior seria um “fortuito externo”, ou seja, um acontecimento que é externo à esfera da organização da empresa ou da esfera de controle do devedor, sendo aplicável às hipóteses de responsabilidade objetiva ou subjetiva, ensejando a liberação do devedor por ser um fato externo. Essa teoria foi acolhida no direito brasileiro por Agostinho Alvim.(87)

De todo modo, o mais importante não é a catalogação do fato como caso fortuito ou de força maior, distinguindo-se um do outro, mas a sua atuação como causa adequada, exclusiva e, especialmente, inevitável do evento danoso.

Se um fato for causa adequada, exclusiva e inevitável do dano, romperá o nexo causal com a imputação feita ao Estado e excluirá a sua responsabilidade civil, independente de o catalogarmos como caso fortuito ou de força maior.

Por exemplo: uma chuva torrencial que se cataloga como caso fortuito na classificação de Pontes de Miranda e força maior na classificação de Josserand, constitui fator de rompimento de nexo causal, quando aparece como a causa adequada e exclusiva dos danos sofridos pela vítima.

Assim, quando nos defrontarmos com o exame feito por cada autor acerca da atuação do caso fortuito ou da força maior sobre o nexo causal, o mais importante é a identificação de qual o critério utilizado para a distinção entre os dois institutos.

Essa advertência tem plena aplicação e grande relevo quando se analisam os dois institutos (caso fortuito e força maior) na responsabilidade extracontratual do Estado.

3.3.2) Direito Público

No direito francês, a doutrina tem concentrado sua preocupação na definição de força maior (*force majeure*).

Ainda no plano do direito privado, Geneviève Viney esboça um conceito abrangente de força maior como sendo “o acontecimento que exerce uma influência de tal forma determinante sobre a ocorrência do dano, que torna praticamente insignificante o papel das demais condições e, particularmente, a intervenção do demandado”.(88)

Na perspectiva do direito público, René Chapus aponta as três características que o fato deve conter para se enquadrar no conceito de força maior (*force majeure*): exterioridade do acontecimento, imprevisibilidade e irresistibilidade.(89)

O caso fortuito é analisado juntamente com a força maior. A distinção estabelecida por Chapus é de que a força maior é constituída por uma força exterior, enquanto o caso fortuito é interior. Os efeitos também são distintos, pois a força maior atua sobre a causalidade, rompendo o nexo causal que aparentemente existiria entre o fato imputado ao agente e o dano. O caso fortuito evidencia apenas a ausência de culpa do agente.(90)

Na realidade, Chapus utilizou-se do critério de distinção da externidade, estabelecido por Josserand, que foi transposto para o direito brasileiro por Agostinho Alvim com grande influência em nossos administrativistas.

No direito brasileiro, a distinção entre caso fortuito e força maior e, via de consequência, sua incidência como causas de rompimento do nexo causal e exclusão da responsabilidade civil do Estado tem dividido a doutrina brasileira.

Na realidade, a divergência entre os autores é essencialmente conceitual, situando-se em torno da fixação de critérios para a distinção entre caso fortuito e força maior.

Maria Sylvia Di Pietro, ao analisar as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado, aponta que “a força maior é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio.” Não sendo imputável à Administração e atuando como causa exclusiva do dano, não enseja responsabilidade do Estado.(91) Complementa que, “na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão.”(92)

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que “a eventual invocação da força maior – força da natureza irresistível – é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Diversa é a

situação do caso fortuito, que “não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido.”(93)

Almiro do Couto e Silva, após observar que causas externas como a culpa da vítima, o fato de terceiro e a força maior, quando atuaram com exclusividade, afastam a responsabilidade do Poder Público, anota que “não constitui causa externa, entretanto, o caso fortuito”, não constituindo, assim, “fato relevante para excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado, nem mesmo quando esta é de caráter subjetivo.”(94)

Portanto, no direito público, adotado como critério distintivo a externidade do fato, apenas a força maior, quando atua como causa exclusiva do evento danoso, tem o condão de romper o nexo causal e afastar a responsabilidade civil.

Os fatos internos da administração, ainda que fortuitos, situam-se dentro do risco de sua atividade, não excluindo a responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

Cahali sintetiza com maestria a questão: “Com efeito, se, no plano do direito privado, o caso fortuito e a força maior se confundem nas suas conseqüências, para excluir igualmente a responsabilidade, diverso é o tratamento dos dois institutos no âmbito da responsabilidade civil do Estado”. E complementa: “Admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço; na força maior, nenhuma interferência tem a vontade humana, nem próxima nem remotamente, enquanto que, no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e no funcionamento do serviço.”(95)

Enfim, o grande cuidado reside na fixação clara do critério de distinção entre caso fortuito e força maior. Fixada a externidade como esse critério, como faz a maioria dos publicistas brasileiros, na esteira do direito francês, apenas a força maior aparece como fator de rompimento do nexo causal, desde que atue como causa exclusiva do evento. O caso fortuito estaria dentro do risco da atividade do Estado.

Na jurisprudência, vislumbra-se a mesma confusão, especialmente quando são analisados os eventos da natureza, que, no catálogo de Pontes de Miranda, seriam modalidade de caso fortuito, enquanto, para a maioria, seria de força maior.

O importante é que a situação de força maior apresente-se como causa exclusiva do evento danoso. Se houver também qualquer ato

imputável à administração pública, não há exclusão da responsabilidade civil do Estado.

Na jurisprudência, serve de exemplo de situação de força maior corretamente afastada por decisão do Superior Tribunal de Justiça por não ter sido causa exclusiva do evento. Foi o caso de um furto praticado contra um automóvel apreendido em depósito do Detran.(96)

O interessante é que, nessas hipóteses, tem sido reconhecida a possibilidade de atenuação da responsabilidade do Estado pela ocorrência de concausas.

3.4) Concausas

Matéria polêmica situa-se em torno da interferência de concausas no processo causal. Frequentemente, o processo causal é composto por diversas causas e condições que concorrem com menor ou maior participação, colaborando para a ocorrência do evento danoso.

A polêmica reside na possibilidade de se considerar essa concausalidade para atenuar a responsabilidade do Estado, reduzindo o valor da indenização.

Se a concausa atuar com exclusividade na provocação do dano (culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro ou força maior), não há dúvida quanto ao rompimento do nexo causal e a exclusão da responsabilidade extracontratual do Estado.

Igualmente não há maior controvérsia, quando a concausa é constituída pela culpa concorrente do prejudicado, pois o seu efeito é a atenuação da responsabilidade civil, reduzindo-se o montante da indenização na medida da participação do comportamento da própria vítima (art. 945 do novo CC).(97)

O problema surge quando a concausa é o fato de terceiro ou a força maior, apresentando-se como fator concorrente na produção do dano.

No direito privado, a solução tem sido a aplicação da regra da responsabilidade solidária, prevista pelo art. 942 do novo Código Civil, que é uma modalidade de solidariedade passiva, atribuindo-se à vítima, como credor da obrigação de indenizar, o direito de escolher contra quem ingressar com ação reparatória para cobrança do valor total da indenização, assegurando-se apenas o direito de regresso contra o efetivo responsável (art. 934 do novo CC).

No direito público, tem sido preconizada a redução proporcional da indenização na medida da participação de cada causa na produção do evento danoso.

Cahali afirma, citando farta jurisprudência, que “se o dano injusto foi provocado por uma pluralidade de causas, todas devem ser consideradas na determinação proporcional da indenização.”(98) E prossegue: “A quinta regra determina que, exaurindo-se a responsabilidade objetiva na verificação do nexo de causalidade entre o dano e a atividade administrativa, todas as demais concausas devem ser consideradas com vistas à atenuação daquela responsabilidade; a regra deve ser aplicada ainda que as causas concorrentes na verificação do evento danoso resultem de dolo ou culpa grave do próprio prejudicado; ou mesmo de caso fortuito, força maior, fato da natureza ou de terceiros; igualmente, aplica-se a concorrência de causas ainda que a responsabilidade estatal esteja sendo demandada com fundamento no risco (em qualquer das modalidades enumeradas pela doutrina), como também com fundamento na culpa anônima do serviço ou na falha individualizada do funcionário.” E finaliza: “A se entender de outro modo, estaria sendo extravasado o limite da responsabilidade objetiva, imputando-se à Administração uma responsabilidade ressarcitória fora dos parâmetros da causalidade e em desproporção da atividade administrativa concorrente na verificação do dano.”(99)

Com o respeito de que é merecedor o eminente jurista, não deve ser acolhida sua orientação quando se tratar de fato concorrente de terceiro, de caso fortuito ou de força maior. Mesmo que, além do fato imputável ao Estado, atuem outras concausas no processo causal de produção do dano, compete ao prejudicado escolher contra quem demandar, buscando a reparação integral dos prejuízos sofridos.

Tem também plena aplicação no direito público o regime de responsabilidade solidária do art. 942 do novo CC, assegurado o direito de regresso à pessoa jurídica de direito público, consoante previsto pelo art. 37, § 6º, da CF, e o art. 934 do novo CC.

Conclusão

Após essa breve análise acerca da responsabilidade extracontratual da administração pública no direito brasileiro, conclui-se que ainda remanescem alguns pontos controvertidos na doutrina e na jurisprudência.

Embora consagrada na Constituição Federal (art. 37, § 6º), a responsabilidade objetiva da administração pública pelos danos causados aos particulares, acolhendo-se a teoria do risco

administrativo, há ainda discussão em torno dos fundamentos da responsabilidade do Estado por atos omissivos.

Igualmente, nos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado, persiste a controvérsia em torno das pessoas abrangidas pelo art. 37, § 6º, da CF. Discute-se, ainda, se a responsabilidade do Estado é por ato lícito ou ilícito, apesar de essa polêmica apresentar mais interesse teórico do que prático.

Os pontos controvertidos com maior repercussão prática situam-se nas causas de rompimento do nexo causal e, conseqüentemente, de exclusão da responsabilidade extracontratual do Estado. De um lado, discutem-se os critérios para distinguir a força maior do caso fortuito e a possibilidade de acolhimento deste último como causa de exclusão da responsabilidade do Estado. De outro lado, deve-se estabelecer a possibilidade de as concausas (v.g. eventos da natureza) atenuarem a responsabilidade do Estado.

Após a análise crítica dos pontos de vista sustentados pela doutrina brasileira, a conclusão a que se chega é de que a solução para boa parte dessas questões continua em aberto.

O importante é que, na busca dessas soluções, nunca se perca o espírito crítico em relação às afirmações feitas na doutrina e na jurisprudência por mais respeitável que seja o seu autor.

Assim, permanecerão sempre livres os caminhos para novas investigações em busca de soluções convincentes!

Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado por exercício da função jurisdicional no Brasil. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 59, p. 5-, mar.1994.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. São Paulo: Saraiva, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARBOSA, Rui. A Culpa Civil das Administrações Públicas (1898). In.: *Obras Completas*, v. 25. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1948.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974.

CAVALCÂNTI, Amaro. Responsabilidade civil do Estado. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHAPUS, René. Responsabilité Publique et Responsabilité Privée. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

CIRNE LIMA, Ruy. O Código Civil e o Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 61, p. 1-15, out./dez. 1960.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Direito das obrigações. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986 (reimpressão). v. 2, p. 368.

COSTA, Mário Júlio Almeida. Direito das obrigações. Coimbra: Almedina, 1991.

COUTO E SILVA, Almiro Régis. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 548-559, abr. 1941.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II, p. 664.

LIMA, Alvino Ferreira. Situação atual no direito civil moderno das teorias da culpa e do risco. Revista Forense, v. 37, n. 83, p. 385-389, jul. 1940.

_____. Da culpa ao risco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon, TUNC, Andre. Tratado teorico e pratico da la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires: EJE, 1961.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsói, 1966. t. 1, 2, 3, 6, 22, 38, 53.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1981.

RODYCZ, Wilson Carlos. Responsabilidade civil das empresas privadas por danos causados na prestação de serviços públicos delegados. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 45, p. 192-227, jan./mar., 2003.

SALEILLES, Raymond. Étude sur la théorie générale de l'obligation. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1925.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002.

VARELA, João de Matos Antunes. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Das obrigações em geral. Coimbra: Almedina, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. Revista Jurídica, Porto Alegre, Ano XXXVIII, n. 161, p. 129-149, mar.1991.

VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1982. 2v. (Les obligations, la responsabilité: conditions. Les obligations, la responsabilité: effets).

_____. *Traité de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1988. (Les obligations, la responsabilité: effets).

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

NOTAS DE RODAPÉ

1. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 607.
2. DIAS, op. cit., p. 596.
3. DIAS, op. cit., p. 607.
4. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1957, p. 431.
5. CHAPUS, René. *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 85.
6. CAVALCANTI, op. cit., p. 430. O autor transcreve os considerandos da decisão do Tribunal dos Conflitos.
7. CHAPUS, op. cit., p. 85, explica a importância do arrêt Blanco e do voto do Commissaire du Gouvernement Davi.
8. DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27.
9. CHAPUS, op. cit., p. 91, observa que foi somente em 1906, trinta e três anos após ser pronunciado, que a decisão Blanco foi descoberta pela doutrina, sendo atribuída a George Teissier a valorização desse arrêt do Tribunal de Conflitos.
10. SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1925. p. 438; DIAS, op. cit., t. 1, p. 70; JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 548-559, abr. 1941.
11. DIAS, op. cit., Tomo II, pp. 609-610.
12. *Ibidem*, Tomo II, p. 610.
13. CHAPUS, op. cit., p. 269.
14. *Ibidem*, p. 269.
15. COUTO E SILVA, Almiro Régis. *A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 19-41, out./dez. 1995, p. 20.
16. BARBOSA, Rui. *A Culpa Civil das Administrações Públicas* (1898). In.: *Obras Completas*, v. 25. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1948, p. 59; VELLOSO, Carlos Mário da Silva.

Responsabilidade civil do Estado. Revista Jurídica, Porto Alegre, Ano XXXVIII, n. 161, p. 129-149, mar.1991, p. 135.

17. BARBOSA, op. cit., pp. 59-60.

18. CIRNE LIMA, Ruy. O Código Civil e o Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 61, p. 1-15, out./dez. 1960, p. 12.

19. CIRNE LIMA, op. cit., pp. 11-12: "Na verdade, o art. 15 não abrange todo o campo da responsabilidade das pessoas administrativas fora do contrato. Nele, fixa-se, somente, a presunção de culpa jure et de jure, das pessoas administrativas, quando o dano provier de fato, comissiva ou omissivamente, ilegal, de seus representantes ou agente. A técnica de Direito Público informa o conteúdo do art. 15."

20. DIAS, op. cit., p. 612.

21. MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

22. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 92 e segs.

23. DIAS, op. cit., p. 51. Antes de analisar as diversas teorias sobre os fundamentos da responsabilidade civil, o autor abre o capítulo afirmando textualmente que "o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o completam. Encontra-se, portanto, em suas raízes, a razão primeira da responsabilidade penal e da civil. Entretanto, as doutrinas vagam em outros terrenos, forjando concepções estreitas, que envelhecem prematuramente, surpresas e aniquiladas ante o desenvolvimento da civilização. Em todas as teorias, guiadas inconscientemente, salvo a verificação de alguns autores, o que se procura escolher é quem deve suportar o dano."

24. O artigo 188 do novo Código Civil elenca as causas de exclusão da ilicitude.

25. Código Civil, artigos 929 e 930 (estado de necessidade que atinge direito de terceiro e legítima defesa em aberratio ictus)

26. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsói, 1966. t. 53, § 5.512, p. 197; LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 283.

27. COUTO E SILVA, op.cit., p. 28.

28. TARGS, 6ª CC, Ap. Cív. 196079479, rel. Dr. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, j. em 27/06/1996: Responsabilidade civil. Dever do Estado de indenizar danos produzidos por cavalo a serviço do patrulhamento, que, desgovernado, invade pista de rolamento, atingindo veículo que por ali transitava. Orçamento único, cujo valor foi pago a empresa autorizada que realizou os consertos, se não convenientemente

- impugnado, não tem porque não ser admitido. Honorários advocatícios bem estabelecidos. Apelação improvida.
29. TJRGs, 1ª CC, Ap. Cív. 596186874, rel. Des. JOSÉ VELLINHO DE LACERDA, j. em 11/12/1996: Ação indenizatória. Granada. Enviada ao foro como peça de inquérito policial, que explode em mãos de Servidor da Justiça. Culpa concorrente do Estado, em maior grau, e da vítima. Sentença reformada em parte.
30. CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 102.
31. Ibidem, p. 103.
32. CAHALI, op. cit., p. 104.
33. DI PIETRO, op. cit., p. 530.
34. COUTO E SILVA, op. cit., p. 27.
35. CAHALI, op. cit., p. 112.
36. MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 397.
37. COUTO E SILVA, op. cit., p. 26.
38. MEDAUAR, op. cit., p. 397-398.
39. RODYCZ, Wilson Carlos. Responsabilidade civil das empresas privadas por danos causados na prestação de serviços públicos delegados. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 45, p. 192-227, jan./mar., 2003, pp. 192 e segs.
40. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Direito das obrigações. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986 (reimpressão). v. 2, p. 368.
41. Ibidem, p. 369.
42. LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II, p. 664.
43. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 147.
44. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 532.
45. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
46. BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 532.
47. Op. cit., p. 532.
48. DIAS, Tomo II, p. 612.
49. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 547-548.
50. COUTO E SILVA, op. cit., p. 24.
51. VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Coimbra: Almedina, 1996, p. 607.
52. STJ, 1ª T., RESP 472735/DF, Rel.: Min. LUIZ FUX, j. em 10/06/2003, publicado no DJ de 25/08/2003, p. 264: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. BANCO CENTRAL. ATO OMISSIVO DE FISCALIZAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NO MERCADO DE CAPITAIS. COROA BRASTEL S/A. PREJUÍZO CAUSADO A INVESTIDORES. CULPA SUBJETIVA.

NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. ARTIGO 159 DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 37, § 6º DA CF/88. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Compete ao Banco Central do Brasil: a) exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta, ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizam; b) proteger os investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos ou valores mobiliários; c) evitar modalidades de fraude e manipulação destinadas a criar condições artificiais da demanda, oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado. Revelado o nexo de causalidade entre o dano causado a investidores no mercado de capitais e o ato omissivo de fiscalização do Banco Central, sobressai inequívoca a responsabilidade civil. 2. Há responsabilidade civil do estado por omissão, sempre que o facere esteja consagrado como dever e a Administração Pública o transgrida. 3. O Banco Central do Brasil tem o dever legal de manter a normalidade dos mercados financeiros, sendo sua atuação regida pelo princípio básico de ação preventiva e orientadora. Detém, plenamente, o exercício do poder de polícia com o objetivo de manter o regular funcionamento do mercado de capitais. 4. Exegese do § 6º do artigo 37 da CF/88, aplicável aos atos omissivos. 5. O Banco Central deve ser responsabilizado pelas perdas e danos dos investidores de títulos emitidos sem lastro por entidade financeira fiscalizada, comprovado o nexo de causalidade. 6. O exame do nexo de causalidade afirmado pela sentença de 1º grau esbarra no enunciado da Súmula 7/STJ. Ressalva do entendimento do relator. 7. Recurso especial não conhecido.

53. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 110-111; SANSEVERINO, op. cit., p. 105.

54. CANOTILHO, op. cit., p. 110-111.

55. Ibidem, p. 112 e 113; VARELA, op. cit., p. 607.

56. BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 523.

57. Ibidem, p. 524.

58. CAHALI, op. cit., p. 94.

59. Ibidem, p. 95.

60. Ibidem, p. 100.

61. Ibidem, p. 97.

62. STF, 1ª T., RE 130.764-1/PR, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 12.5.1992 e publicado no DJU de 7.8.1992, na RTJ 143/270 e na RT 688/230: Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC/69 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa obviamente o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação e a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1060 do CC, a teoria

adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das duas outras teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade objetiva prevista no art. 107 da EC/69 a que corresponde o § 6º do art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação de quadrilha e o assalto ocorrido cerca de 21 meses após a evasão. Recurso ordinário conhecido e provido.

63. COUTO E SILVA, op. cit., p. 29.

64. DIAS, op. cit. t. 2, p. 727; CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 65.

65. MIRANDA, op. cit., t. 22, § 2721. p. 195-197.

66. CAHALI, op. cit., p. 58.

67. STJ, 2ª T., REsp 418713/SP, Relator Min. Franciulli Netto, j. em 23/06/2003, publicado no DJ de 08/09/2003, p. 280: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO OMISSIVO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - NEGLIGÊNCIA NA SEGURANÇA DE BALNEÁRIO PÚBLICO - MERGULHO EM LOCAL PERIGOSO - CONSEQUENTE TETRAPLEGIA - IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA - CULPA RECÍPROCA - INDENIZAÇÃO DEVIDA PROPORCIONALMENTE. O infortúnio ocorreu quando o recorrente, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível. Para a responsabilização subjetiva do Estado por ato omissivo, "é necessário, que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível" (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 855). Ao mesmo tempo em que se exige da vítima, em tais circunstâncias, prudência e discernimento - já que pelo senso comum não se deve mergulhar em local desconhecido -, imperioso reconhecer, também, que, ao franquear a entrada de visitantes em balneário público, sejam eles menores ou não, deve o Estado proporcionar satisfatórias condições de segurança, mormente nos finais de semana, quando, certamente, a frequência ao local é mais

intensa e aumenta a possibilidade de acidentes. "Não há resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso" (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., loc. cit.). Há, na hipótese dos autos, cuidados que, se observados por parte da Administração Pública Estadual, em atuação diligente, poderiam ter evitado a lesão. A simples presença de salva-vidas em locais de banho e lazer movimentados é exigência indispensável e, no particular, poderia ter coibido a conduta da vítima. Nem se diga quanto à necessidade de isolamento das zonas de maior risco, por exemplo, por meio de grades de madeira, cordas, corrimãos etc. Em passeios dessa natureza, amplamente difundidos nos dias atuais sob a denominação de "turismo ecológico", não somente para as crianças, como para jovens e adultos, é de se esperar, conforme as circunstâncias peculiares do local, a presença de cabos de isolamento e a orientação permanente de guias turísticos e funcionários que conheçam o ambiente visitado. Segundo a lição do notável Aguiar Dias, doutrinador de escol no campo da responsabilidade civil, "a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos" (in "Da responsabilidade civil", Forense, Rio de Janeiro, 1960, Tomo II, p. 727). Recurso especial provido em parte para reconhecer a culpa recíproca e, como tal, o rateio das verbas condenatórias e das despesas e custas processuais meio a meio, arcando cada parte com a verba honorária advocatícia do respectivo patrono.

68. DIAS, op. cit., p. 713; CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 65; SANSEVERINO, op. cit., p. 279.

69. MAZEAUD-TUNC, op. cit. Tomo 2-II, p. 236, AGUIAR DIAS, op. cit. Tomo II, pp. 713-714. Os autores apontam cinco características para o rompimento do nexo causal pelo fato de terceiro: a) características: a) causalidade, b) inimputabilidade, c) qualidade, d) individuação e e) irrelevância da ilicitude

70. CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 66. Cita acórdão por ele relatado: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AC n. 776/91. Rel.: Des. Sérgio Cavaliere Filho.

71. DIAS, op. cit., p. 714. Fornece exemplo semelhante ao caso indicado: "O mau estado do caminho, por exemplo, será fato de terceiro, isto é, da pessoa, física ou jurídica, a quem incumbe a sua conservação, se provier de negligência dessa obrigação."

72. STJ, 1ª T., REsp. 493318/SC, Rel.: Min. LUIZ FUX, j. em 05/06/2003, publicado no DJ de 23/06/2003, p. 267: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VEÍCULO

REGISTRADO PELO DETRAN. RES FURTIVA. APREENSÃO EM DILIGÊNCIA POLICIAL. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STF E STJ. 1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo." (Súmula 211/STJ) Ausência de prequestionamento do art. 22 da Lei nº 8.078/90.2. "Veículo admitido a registro, pelo departamento estadual de trânsito, a requerimento do adquirente, mas que depois se verificou haver sido objeto de furto. Ausente o nexo causal, entre a atividade do funcionário e o prejuízo enfrentado pelo mencionado adquirente, não se acha caracterizada a responsabilidade civil do estado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal" (RE nº 134298/SP). 3. Não pode o DETRAN ser responsável por ato criminoso de terceiro ou pela culpa dos próprios compradores. O comprador que perde o bem por ato administrativo da autoridade policial, na busca e apreensão de veículo furtado, pode promover ação de indenização contra o vendedor. Art. 1.117 do C. Civil. Precedentes. Art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. 4. Precedentes jurisprudenciais do STJ e STF. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

73. SANSEVERINO, op. cit., p. 291; NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993, p. 31.

74. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon, TUNC, Andre. Tratado teorico e pratico da la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires: EJE, 1961, t. 2-II, p. 155.

75. Ibidem. t. 2-II, p. 150.

76. DIAS, op. cit., p. 721.

77. MAZEAUD, TUNC, op. cit., t. 2-II, p. 155.

78. Ibidem. t. 2-II, p. 158; NORONHA, 1993. p. 32.

79. MIRANDA, 1966. t. 23, § 2793, p. 77. Esclarece que os textos romanos não são claros a respeito dos critérios de distinção entre o caso fortuito e a força maior.

80. Ulpiano definia caso fortuito como aquele que nullum humanum consilium praevidere potest (que nenhum conselho humano pode prever).

81. Ulpiano definia força maior sendo aquele em que omnem vim cui resisti non potest (toda a força a que não é possível resistir).

82. MIRANDA, op. cit. t. 23, § 2793, p. 78.

83. Ibidem. t. 23, § 2793, p. 78.

84. Ibidem. t. 23, § 2793, p. 78.

85. Ibidem. t. 2, p. 264; t. 23, § 2793, p. 84.

86. MAZEAUD, TUNC, 1961. t. 2-II, p. 157.

87. ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 330-331.

88. VINEY, Geneviève. Traité de Droit Civil. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1982. 2v. (Les obligations, la

responsabilité: conditions. Les obligations, la responsabilité: effets), p. 463.

89. CHAPUS, op. cit., p. 444.

90. Ibidem, pp. 444-445.

91. DI PIETRO, op. cit., p. 530.

92. Ibidem, p. 531.

93. BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 525. Na mesma linha, MEDAUAR, op. cit., p. 401.

94. COUTO E SILVA, op. cit., pp. 31-32.

95. CAHALI, op. cit., p. 55. Cita lição de Themístocles Cavalcânti.

96. STJ, 1ª T., Resp. 135259/SP, Rel. Min. ARY PARGENDLER, j. em 05/02/1998, publicado no DJ de 02/03/1998, p. 62, e na RSTJ V. 105, p. 190: Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Força maior. A força maior exclui a responsabilidade civil do estado, quando descaracteriza o nexo de causalidade entre o evento danoso e o serviço público; não se qualifica como tal a tentativa de roubo de veículo apreendido por trafegar sem licença, que se encontrava sob a guarda de repartição pública, porque nesse caso o Estado deve estar preparado para enfrentar a pequena criminalidade. Responsabilidade pelos danos causados no veículo. Recurso especial. Não conhecido.

97. BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 525.

98. CAHALI, op. cit., p. 69.

99. CAHALI, op. cit., p. 73.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS